

PARTE I

Do projeto de lei n.º 124/XIII/1.ª (PCP)

1. Considerações introdutórias

O projeto de lei n.º 124/XIII/1.ª (adiante abreviadamente designado “PJL 124”) retoma, quase inalterado, o projeto de lei n.º 228/XII/1.ª, apresentado na anterior legislatura pelo Grupo Parlamentar do mesmo partido político, o Partido Comunista Português (PCP). Aquando da discussão em redor do projeto de lei n.º 228/XII/1.ª, a APDI teve a oportunidade de se pronunciar sobre este projeto junto da então Comissão de Educação, Ciência e Cultura da Assembleia da República, em audiência que teve lugar no dia 7 de novembro de 2013. Uma vez que o texto do PJL 124 se mantém, na sua grande parte, idêntico¹, os comentários apresentados nessa ocasião pela APDI mantêm igualmente, na totalidade, a sua pertinência, e são, por isso, retomados nesta sede, muito embora se procure atualizá-los face aos novos desenvolvimentos legislativos e jurisprudenciais na matéria e se aproveite o ensejo para os complementar com outros que se nos afigurem relevantes.

2. Terminologia utilizada

A terminologia utilizada no PJL 124, refletida, desde logo, no título do projeto (“Regime Jurídico da Partilha de Dados Informáticos”), afasta-se, não raras vezes, da que é utilizada no Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) e nos

¹ Identificamos, como diferenças, um aditamento no final do quarto parágrafo da página 2 do preâmbulo; a atualização dos dados numéricos do terceiro parágrafo da página 4 do preâmbulo; o aditamento de dois parágrafos (o quinto e o sexto) nessa mesma página 4 do preâmbulo; aditamento de um novo n.º 2 do artigo 4.º, que prevê a possibilidade de a declaração de proibição de partilha ser emitida por representante munido de procuração para o efeito; o anterior artigo 8.º passou para artigo 5.º, com algumas alterações de cosmética e com uma conseqüente renumeração do diploma; e, por fim, o aditamento de um novo artigo 9.º, sobre a transparência em matéria de distribuição das verbas atribuídas às entidades de gestão coletiva. Note-se que até as falhas de remissão se repetiram, como se pode verificar pela remissão do n.º 2 do artigo 11.º para a al. a) do n.º 2 do artigo 8.º, que se pretendia antes efetuar para a al. a) do n.º 2 do artigo 5.º.

diplomas jurídicos que versam sobre a sociedade da informação². Esta terminologia é mesmo, em certas instâncias, imprecisa e incorreta, como se verifica, a título de exemplo, na referência a “**aquisição de dados informáticos** (...) que contenham obras ou parte de obras protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos” (artigo 3.º, n.º 1, al. b),³), pretendendo referir-se o descarregamento eletrónico de obras protegidas. Este e outros exemplos que se identificam no PJJ 124 devem ser evitados, aconselhando-se uma revisão geral do documento, com particular atenção ao seu artigo 3.º, com esta preocupação de harmonização com a terminologia já utilizada em diplomas legais que lhe são afins.

A dispersão terminológica deve ser evitada em qualquer contexto, mas mais se desaconselha num contexto complexo como o da utilização de obras e prestações protegidas por direitos de autor e direitos conexos no meio eletrónico, onde proliferam tantas expressões específicas do meio informático e traduções difíceis de termos já amplamente utilizados na língua inglesa.

3. Objeto: da licitude ou ilicitude da partilha de obras protegidas

O PJJ 124 “estabelece o regime jurídico da partilha de dados informáticos que contenham obras protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos” (artigo 1.º).

Versando sobre um tema polémico, que suscita posições extremadas e apaixonadas, o diploma tem o mérito de pretender inverter a lógica que tem estado subjacente à abordagem da partilha de obras protegidas por direitos de autor e direitos conexos. Esta atividade de partilha tem vindo a ser generalizadamente associada, de forma errada, às qualificações de pirataria ou pirataria informática, em grande parte devido a campanhas de sensibilização nesse sentido, financiadas por entidades de gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos. Estas campanhas e outras iniciativas similares têm

² Veja-se, por exemplo, o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro.

³ Destaque a negrito nosso.

conduzido a uma ideia generalizada de que a partilha de obras em redes informáticas corresponde a uma atividade necessariamente ilícita. Ora, como sucede em qualquer utilização de uma obra, programa de computador, base de dados ou prestação protegida por direitos de autor ou direitos conexos (conjunto este de bens intelectuais que, para maior simplificação na exposição subsequente passaremos a designar, conjuntamente, “conteúdos” ou “conteúdos protegidos”) essa utilização pode ser lícita ou ilícita, dependendo das circunstâncias em que a mesma se verifica. No que respeita especificamente à partilha em redes informáticas, essa partilha pode ter sido previamente autorizada pelo titular dos respetivos direitos de autor ou direitos conexos, ou ainda integrar-se entre as utilizações livres previstas no nosso ordenamento jurídico, que não exigem qualquer autorização por parte daquele titular. Por outras palavras, a partilha de conteúdos protegidos em redes informáticas pode ser lícita e é, em muitos casos, lícita. Pense-se, por exemplo, nos muitos casos em que a partilha é efetuada ao abrigo da figura do uso privado, embora esta só se possa verificar em contextos específicos⁴. A tentativa de, como afirmado no preâmbulo do PJI 124, afastar a confusão entre partilha e pirataria é, pois, de louvar.

Por outro lado, e paradoxalmente, a abordagem adotada no PJI 124 pode conduzir a um efeito perverso. Uma vez que pretende estabelecer um quadro legal mediante o qual a partilha só pode ter lugar caso não tenha a oposição do titular de direitos sobre os conteúdos protegidos que se visam partilhar – e sobre a mera não oposição, ao invés de autorização mediante um ato positivo, dedicaremos umas linhas mais à frente –, o PJI 124 vem sedimentar a convicção de que a partilha exige sempre uma tomada de posição por parte daquele titular, o que não é verdade à luz do Direito aplicável. A partilha pode ter lugar, nomeadamente, ao abrigo de qualquer utilização livre, como já referido, podendo ainda ter lugar ao abrigo de uma autorização mais ampla previamente concedida que abranja aquela atividade, não devendo, nestes casos, atribuir-se ao titular

⁴ Em particular, o descarregamento eletrónico de conteúdos protegidos pode ser realizado ao abrigo da figura do uso privado e a cópia assim criada pode ser uma cópia lícita, desde que, à luz da posição adotada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, a respetiva fonte seja lícita. Neste sentido, veja-se o Acórdão proferido em 10 de abril de 2014 no âmbito do processo C-435/12, que opôs ACI Adam BV a Stichting de ThuisKopie.

de direitos de autor e direitos conexos uma faculdade de oposição que não lhe cabe nem, como se verá, uma compensação por essa utilização.

Conclui-se, pois, muito embora esteja imbuído da intenção de afastar a necessária associação da partilha de conteúdos em rede à ilicitude, por falta de autorização dos titulares dos direitos, o PJI 124 parece fundar-se nesse mesmo equívoco. Para afastar esse equívoco, determinadas salvaguardas podem ser implementadas, nomeadamente pela criação de exceções ao regime quando a partilha se enquadre numa utilização livre ou numa autorização prévia que a abranja.

4. Âmbito de aplicação: transações gratuitas e sem fins comerciais

O PJI 124 determina que o seu regime será aplicável a “todas as transações gratuitas e sem fins comerciais, diretos ou indiretos, realizadas por via telemática, de dados informáticos que contenham obras ou parte de obras protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos que tenham sido previamente publicadas, editadas comercialmente ou colocadas à disposição do público com o consentimento dos respetivos titulares” (artigo 2.º, n.º 1). Exclui seguidamente do seu âmbito de aplicação os programas informáticos e as publicações periódicas (artigo 2.º, n.º 2).

Observa-se, antes de mais, que se excecionam os programas de computador do regime, esquecendo de incluir nesta exceção as bases de dados eletrónicas.

Um ponto relativo ao âmbito de aplicação proposto que nos suscita alguma apreensão consiste no facto de se determinar que a partilha abrangida será apenas a partilha realizada de forma gratuita e sem fins comerciais sem que sejam fornecidas informações adicionais a este respeito⁵. Com efeito, para além de a partilha gratuita e sem fins comerciais poder já, em algumas circunstâncias, incluir-se numa partilha livre, no contexto das utilizações livres, não permitindo uma oposição do titular dos direitos e

⁵ Utiliza-se, uma vez mais, uma terminologia que desaconselhamos, nomeadamente a expressão “transações”.

não desencadeando o pagamento de qualquer compensação para este – tema que será retomado mais à frente –, a apreensão suscitada por esta passagem prende-se com a dificuldade de determinar o que constituirá, para estes efeitos, uma partilha gratuita e sem fins comerciais. Se certos casos não suscitam quaisquer dúvidas, muitos outros situam-se numa zona cinzenta, sendo que o PJJ 124 não apresenta pistas adicionais para o esclarecimento deste critério.

Tendo em conta que uma grande parte das partilhas em rede é realizada através de plataformas ou programas informáticos disponibilizados por entidades intermediárias – seja pela disponibilização de programas informáticos *peer-to-peer* ou outros idênticos, seja pela disponibilização de espaço de armazenamento em nuvem para que os utilizadores o utilizem pela forma que entenderem – com fins comerciais, coloca-se a questão de saber se a partilha é considerada gratuita e sem fins comerciais se for realizada através de ferramentas disponibilizadas com fins comerciais. Ainda que os utilizadores de redes que efetuam a partilha o façam gratuitamente e sem fins comerciais, coloca-se a questão de saber se se pode considerar que esta partilha tem fins comerciais se o intermediário que lhes disponibilize os meios necessários para aquela partilha desenvolver, por alguma forma, uma atividade comercial. Assim, se, por exemplo, o intermediário receber receitas publicitárias por anúncios que disponibilize num portal de partilha ou se receber uma mensalidade por parte do utilizador para a utilização de um espaço de armazenamento de conteúdos, independentemente da natureza destes conteúdos, surge a questão de saber se aquela partilha tem ou não fins comerciais, tanto mais que o projeto veda fins comerciais diretos ou indiretos.

Atento o exposto, conclui-se que, com a sua formulação, o PJJ 124 pode criar mais problemas do que aqueles que visa resolver, tornando eventualmente ilícitas atividades que atualmente não o são.

5. Permissão da partilha que não tenha sido proibida: a opção por um regime de *opt-out*

No segundo parágrafo da página 2, no preâmbulo do PJI 124, lê-se que “o PCP não propõe nenhuma supressão dos direitos de autor ou direitos conexos, antes abre a possibilidade de serem os autores a decidir se querem ou não proteger a sua obra de partilha não comercial”. Esta afirmação parte, contudo, de um pressuposto erróneo, à luz do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Uma obra é protegida ou não consoante se enquadre nas condições necessárias para o efeito à luz do Direito aplicável, não cabendo aos autores – ou titulares dos direitos, como julgamos que se pretende referir nesta passagem – decidir se a protegem ou não. Cabe sim aos titulares dos direitos decidir se autorizam ou não determinada utilização, assim como lhes cabe decidir se reagem a uma eventual violação dos seus direitos.

No articulado do PJI 124 é desenvolvida em maior pormenor a forma como se propõe que o titular de direitos exerça os seus direitos em sede de partilha de conteúdos em redes informáticas. Prevê-se que a partilha seja sempre permitida – se realizada gratuitamente, sem fins comerciais –, exceto quando o titular de direitos ou o seu representante o proíba (artigos 4.º e 5.º do PJI 124). Estabelece-se, assim, um sistema de oposição ou de mera opção de saída (*opt-out*), cabendo ao titular de direitos, quando o pretenda, manifestar-se no sentido de excluir da partilha os conteúdos sobre os quais detenha direitos. Se nada fizer, entende-se que autoriza a partilha desses conteúdos.

Refira-se ainda que o PJI 124 inclui uma disposição que pode representar uma importante restrição à liberdade de exercício do direito de oposição. O n.º 2 do artigo 5.º prevê que “No caso de obras relativamente às quais exista mais do que um titular de direitos de autor e direitos conexos, a proibição de um deles impede a partilha da obra e determina o dever de indemnizar os restantes pelos benefícios cessantes”. Para além de suscitar questões relacionadas com a dificuldade de cálculo dos benefícios cessantes, o dever de indemnizar previsto nesta disposição pode ser entendido como um claro desincentivo ao exercício do direito de oposição.

Temos sérias dúvidas de que este modelo, assente num sistema de opção de saída, seja conforme com a legislação da União Europeia e com os compromissos internacionais de Portugal nesse domínio, especialmente os que resultam da Convenção de Berna, da Convenção de Roma, do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC) e dos Tratados da Organização Mundial da Propriedade Intelectual sobre Direito de Autor e sobre Intérpretes, Executantes e Produtores de Fonogramas. Quer à luz da legislação da União Europeia, quer à luz dos tratados referidos, Portugal deve acolher no seu ordenamento jurídico determinados direitos exclusivos sobre conteúdos, que se traduzem num direito de autorizar ou não determinadas utilizações. Os termos do PJI 124 suscitam dificuldades de conciliação com estes compromissos, uma vez que o direito de autorizar – que pressupõe um ato positivo que, no nosso ordenamento jurídico é, inclusivamente, revestido de vários requisitos de forma no contexto dos direitos de autor, conforme previsto no artigo 41.º do CDADC – parece não se confundir com o mero direito de oposição. O direito de exclusivo parece ser substituído por um ónus de reserva expressa da partilha, gratuita e sem fins comerciais, em redes informáticas.

São várias as figuras jurídicas próximas a este regime, sem, contudo, nele se encaixarem inteiramente. Por um lado, poder-se-ia dizer estarmos perante uma nova utilização livre, que, não estando elencada na Diretiva sobre o Direito de Autor na Sociedade da Informação⁶, e correndo o risco de não respeitar a regra dos três passos⁷, violaria o Direito da União Europeia⁸ e alguns dos tratados internacionais referidos. Por outro lado, poder-se-ia invocar estar antes perante uma licença legal para partilha em redes

⁶ Diretiva n.º 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Maio de 2001 relativa à harmonização de certos aspetos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

⁷ Poder-se-á sustentar que, à semelhança da cópia privada, a partilha livre passa no teste dos três passos em virtude de prever, em contrapartida, uma compensação equitativa a favor dos titulares de direitos, além de salvaguardar a possibilidade de estes reservarem expressamente essa forma de utilização.

⁸ Poderá, é certo, questionar-se se a União Europeia não terá extravasado as suas competências ao definir a lista de exceções e limitações aos direitos de autor e direitos conexos, tendo em conta o seu impacto em domínios para os quais a competência da União Europeia é, no mínimo, reduzida, ou mesmo discutível (v.g., educação, cultura, informação). *Vide*, mais recentemente, Ana Ramalho, *Conceptualising the European Union's Competence in Copyright – What Can the EU Do?* IIC 2014, 45/2, 178-200.

informáticas. Note-se, contudo, que o facto de o titular dos direitos se poder opor à partilha sem qualquer fundamento parece impedir, à partida, o enquadramento em qualquer uma destas figuras.

Estamos, por isso, perante uma figura com novos contornos, e de difícil conciliação com outras normas jurídicas aplicáveis.

6. Da compensação dos titulares de direitos

Na eventualidade de os titulares de direitos não se manifestarem em contrário, e assim concederem como que uma autorização tácita à partilha gratuita e não comercial dos seus conteúdos nas redes informáticas, têm direito a auferir uma compensação pelo facto (artigo 6.º do PJI 124). Para o efeito, é criado um Fundo para a Partilha de Dados Informáticos, que será financiado exclusivamente pelos “fornecedores de serviços de acesso à Internet”⁹ (FSI), que deverão contribuir mensalmente com €0,75 por cada contrato de fornecimento de serviços de acesso à Internet, sendo este valor atualizado anualmente de acordo com a taxa de inflação (artigo 7.º do PJI 124). Os valores assim recolhidos e integrados no Fundo não se destinam apenas a fazer face àquela compensação. Uma parte, correspondente a 30%, serão distribuídos “para o orçamento de investimento da Direção-Geral das Artes e do Instituto do Cinema e do Audiovisual, para atribuição no âmbito dos concursos de apoio às artes e à produção cinematográfica” (artigo 8.º, n.º 1, al. a) do PJI 124). Os restantes 70% são distribuídos por entidades de gestão coletiva representativas de várias categorias de titulares de direitos, que deverão depois assegurar a atribuição desses valores aos titulares dos direitos, nos termos a definir por cada entidade em regulamento próprio (artigo 8.º, n.º 2, e artigo 6.º, n.º 2, ambos do PJI 124).

⁹ Estes fornecedores correspondem à figura dos prestadores intermediários de serviços de acesso previstos no Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro. Uma vez mais, a terminologia surge em desarmonia com a que já é utilizada noutros diplomas legais. Ademais, a referência à Internet parece-nos de evitar, quer na designação dos prestadores intermediários, quer noutras passagens, devendo antes adotar-se expressões como “redes de comunicações eletrónicas acessíveis ao público” (veja-se, por exemplo, a Lei das Comunicações Eletrónicas, aprovada pela Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, bem como a Lei da Privacidade no Sector das Comunicações Eletrónicas, aprovada pela Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, nas suas atuais redações).

O artigo 9.º do PJI 124, que consiste numa das poucas alterações introduzidas em relação ao projeto de lei n.º 228/XII/1.ª, apresentado na anterior legislatura, procura dar resposta às preocupações que têm vindo a ser manifestadas em relação à falta de transparência das entidades de gestão coletiva, na gestão e, sobretudo, na distribuição das verbas que recebem. Para o efeito, são criados deveres de divulgação de determinadas informações, onde se incluem, de acordo com o n.º 2 do referido artigo, a identificação dos artistas, intérpretes, produtores e editores, bem como a verba auferida por cada um. Esta previsão, sendo embora de louvar pelo seu esforço de controlar o destino dos valores em circulação através das entidades de gestão coletiva, pode, contudo, suscitar questões de proteção dos dados pessoais das pessoas singulares envolvidas, tanto mais delicadas quanto respeitantes a informações sobre valores por estas recebidos.

No que respeita especificamente à proposta de criação de uma compensação dos titulares dos direitos pela partilha em redes informáticas – que não é nova¹⁰ –, retomam-se algumas das observações já acima tecidas, nomeadamente a propósito do objeto do PJI 124, nos casos em que a partilha corresponda a um ato compreendido nas utilizações livres, que não envolva o pagamento de qualquer compensação aos titulares de direitos, assim como nos casos em que a partilha resulte já de uma autorização mais ampla anteriormente concedida, quer gratuita, quer onerosamente, não se encontra justificação para que se preveja uma compensação ao titular dos direitos. Ao não excluir estas situações do seu âmbito, o PJI 124 pode distorcer o regime das utilizações livres, limitar em demasia a autonomia privada, em prejuízo dos utilizadores das redes que visa

¹⁰ Como refere Peukert, seguindo Lessig (*The future of ideas*, 2001, 201): “Proposal for tax or levy systems covering non-commercial file sharing are among the most promising approaches to take the advantage of this technology for authors and society at large because this model secures compensation for authors without hindering P2P networks and the innovation that this technology brings about: compensation without control” - Alexander Peukert, “A bipolar copyright system for the digital network environment”, in Alain Strowel (ed.) *Peer-to-Peer File Sharing and Secondary Liability in Copyright Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, 148-195, p. 193. Sobre o tema ver também, por exemplo, Joao Pedro Quintais, *On Peers and Copyright: Why the EU Should Consider Collective Management of P2P*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

beneficiar, e conduzir mesmo a uma duplicação de pagamentos pelas mesmas utilizações.

Verifica-se ainda que a oneração dos FSI, eleitos neste projeto como as entidades que devem suportar os custos da livre partilha de conteúdos em rede, não é devidamente justificada. No preâmbulo indica-se que “o utilizador paga o acesso a um conjunto de conteúdos mas essa verba fica inteiramente retida nos FSI, que se apropriam assim de uma mais-valia substantiva de obras sobre as quais não possuem direitos. É claro que não são os FSI os responsáveis pela colocação de conteúdos protegidos de autor em linha, mas são objetivamente os principais beneficiados financeira e economicamente”. Ora, tradicionalmente, são os utilizadores de conteúdos protegidos que suportam as contrapartidas impostas pela utilização desses conteúdos. No próprio regime da cópia privada, o Tribunal de Justiça da União Europeia salienta este aspeto, indicando que os responsáveis efetivos pelo pagamento da respetiva compensação equitativa, ainda que indiretos, são os que efetuam a reprodução para uso privado¹¹. Neste projeto, contudo, opta-se por assacar o encargo a meros intermediários que se limitam a fornecer o acesso à Internet e que não têm qualquer interferência ou envolvimento de qualquer natureza nos conteúdos a que fornecem acesso. Para além de este encargo poder conduzir ao efeito indesejado de desviar verbas que estes intermediários poderiam reencaminhar para o investimento na melhoria das redes e serviços de acesso, assim dificultando o desenvolvimento da sociedade da informação, deve ter-se em conta que o afastamento de uma relação entre o onerado e um qualquer benefício por este auferido aproxima aquele pagamento de um imposto, que, contudo, reverte em grande parte para privados. Ademais, o valor fixado por cada contrato de fornecimento de serviços de acesso à Internet é avultado, não se apresentando estudos que sustentem a grandeza desse valor. Destaca-se também o facto de, ainda que o projeto o pretenda evitar, não se antever como possam os FSI deixar de repercutir estes custos nos seus clientes finais.

¹¹ Vide os Acórdãos proferidos no caso Padawan e, mais recentemente, no caso EGEDA.



Associação Portuguesa de Direito Intelectual

No que respeita ainda ao modelo de compensação proposto, o preâmbulo esclarece que, em contraposição ao modelo adotado na cópia privada – em relação ao qual pretende apresentar-se como alternativa –, a “taxa passa a incidir sobre o fluxo de dados e não sobre o seu alojamento (...) incide sobre um serviço e um bem muito menos sensível à alteração tecnológica e às evoluções”, configurando-se assim como “uma taxa sobre o ato e não sobre a tecnologia”. Contudo, e muito embora vários desméritos possam ser apontados ao modelo adotado no regime da cópia privada, somos forçados a concluir que o modelo agora proposto não difere grandemente na sua justiça daquele, uma vez que nenhum dos modelos assenta num controlo efetivo da criação de cópias ou da disponibilização de conteúdos a terceiros e onera antes produtos ou, neste caso, serviços, mais ou menos remotamente relacionados com a possibilidade de se efetuarem essas cópias ou de se disponibilizarem os conteúdos.

PARTE II

Do projeto de lei n.º 151/XIII (BE)

O projeto de lei n.º 151/XIII (adiante designado abreviadamente PJI 151), apresentado pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda, pretende introduzir alterações ao CDADC em matéria de regime das medidas de carácter tecnológico. Conforme afirmado no respetivo preâmbulo, com o projeto “não se limita o exercício dos direitos de autor e dos direitos conexos. Apenas se garantem as utilizações livres, protegendo-se especialmente a fruição de obras em domínio público ou de carácter público, bem como se protege a preservação do nosso património histórico, cultural e identitário”.

O PJI 151 propõe dar uma nova redação ao artigo 217.º, n.º 2, do CDADC, no sentido de a noção de *medidas de carácter tecnológico* incorporar a ressalva das “utilizações livres previstas no n.º 2 do artigo 75.º, no artigo 81.º, no n.º 4 do artigo 152.º e no n.º 1 do artigo 189.º do Código”.

Esta é uma proposta que nos parece positiva, assim dando resposta aos abusos a que esta figura tem vindo a ser sujeita, e assim assegurando o devido equilíbrio entre o acesso à informação, que se pretende acautelar através do regime das utilizações livres, e a proteção dos conteúdos. Não se alcança, contudo, a razão pela qual se optou por remover a parte final do referido artigo, que retira daquela noção determinadas figuras, como protocolos ou algoritmos. Entendemos que a alteração proposta é compatível com a manutenção daquela ressalva, que tem a bondade esclarecer várias situações cuja integração na figura poderia, de outra forma, suscitar dúvidas.

Por sua vez, a proposta de alteração do artigo 221.º, n.º 1, do CDADC tem a vantagem de eliminar o procedimento burocrático atualmente previsto e, ao que parece, sem qualquer aplicação prática, de depósito, por parte dos titulares de direitos, junto da Inspeção-geral das Atividades Culturais, dos meios que permitam beneficiar das formas de utilização legalmente permitidas.

Todavia, neste ponto será necessário acautelar a conformidade das utilizações livres com a Diretiva sobre o Direito de Autor na Sociedade da Informação, que não ressalva todas as utilizações livres em sede de proteção das referidas medidas. Na União Europeia estão em curso trabalhos tendentes à adaptação do direito de autor ao mercado único digital, que passam pela alteração da referida Diretiva também em sede de exceções e limitações¹². Prevendo-se resultados destes trabalhos para breve, talvez seja aconselhável aguardar a posição que for tomada ao nível da União Europeia.

De todo o modo, concordamos com a exceção geral proposta para constar do n.º 3 do artigo 221.º, no sentido de não se aplicar a proteção jurídica das medidas tecnológicas (neutralização e atos acessórios) quando se verificar que, por omissão, uma tal medida “impede ou restringe o uso ou a fruição de uma utilização livre por parte de um beneficiário que tenha legalmente acesso ao bem protegido, ou que tenha sido aplicada sem a autorização do seu criador intelectual”. Julgamos, contudo, que se impõe a substituição da referência ao *criador intelectual* pela referência ao *titular dos direitos*, a quem caberá tomar a decisão quanto à exploração económica do bem protegido.

O PJI 151 visa ainda proibir a aplicação de proteções técnicas “a obras no domínio público bem como a novas edições de obras no domínio público e ainda a obras editadas por entidades públicas ou com financiamento público” (redação proposta para o n.º 2 do artigo 221.º do CDADC). Esta proposta merece algumas reservas. Se é certo que no domínio da ciência o acesso livre é e deverá ser cada vez mais uma política pública, quando envolva financiamento público – exceto quando normas de confidencialidade impeçam ou restrinjam esse livre acesso, nomeadamente para a proteção de segredos –, receamos, todavia, que uma proibição completa de utilização de proteções técnicas a obras do domínio público possa inviabilizar novos modelos de negócio baseados em acesso condicional. É obrigação do Estado promover a digitalização e a colocação à disposição do público, em termos de acesso universal, das obras no domínio público,

¹² *Towards a modern, more European copyright framework*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2015) 626 final (Brussels, 9.12.2015).

mas isso não deve fazer-se à custa da proibição de novos modelos de negócio que pretendam explorar legitimamente essas obras.

Finalmente, o PJI 151 propõe a revogação dos artigos 218.º e 219.º do CDADC, que preveem a tutela penal contra a neutralização de medidas tecnológicas de proteção, incluindo atos preparatórios. Essa será uma opção de natureza política criminal que cabe ponderar e poderá ser acolhida, atendendo a que a criminalização atualmente prevista em matéria de direitos de autor e direitos conexos é, muitas vezes, excessiva. Contudo, seria importante, a este propósito, harmonizar a solução que se vier a adotar com a que resulta de outros diplomas legais e, nomeadamente, com a já referida Lei das Comunicações Eletrónicas, cujo artigo 104.º prevê nos seus números 3 a 5, que o fabrico, importação, distribuição, venda, locação ou detenção, para fins comerciais, de dispositivos ilícitos constituem crime punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa se ao caso não for aplicável pena mais grave (nº 3), sendo a tentativa punível (nº 4) e dependendo o procedimento criminal de queixa (nº 5).

Ou seja, abolindo-se a tutela penal das proteções técnicas em sede de direitos de autor e direitos conexos, ficará em vigor, não obstante, uma tutela penal dos serviços de acesso condicional, que utilizam, em larga medida, obras e prestações protegidas por direitos de autor e direitos conexos. Suscita-se aqui a questão do fundamento ético da tutela penal: será menos intensa em sede de direitos de autor do que dos serviços de acesso condicional, sendo certo que estes se baseiam largamente em obras e prestações protegidas por direitos de autor e direitos conexos? Pensamos que não. Contudo, parece-nos que a tutela penal, a existir, deve ser reservada para as infrações cometidas à escala comercial, tendo em conta igualmente o Acordo ADPIC e a Directiva 2004/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004 relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual.